Le paradoxe de l'obligation de fidélité : sa déchéance au sein du mariage et son renouveau au sein du PACS

Depuis la nuit des temps, l'homme sous l'influence de la religion chrétienne, considère la fidélité comme l'essence même du couple. La loi n'a fait, dans ce domaine, que poursuivre une tradition vieille de milliers d'années. L'article 212 du Code civil rappelle que les époux se doivent mutuellement fidélité. Mais l'homme est faible face à la chair, c'est pourquoi, depuis l'instauration du divorce dans notre droit, le législateur a posé comme sanction au manquement du devoir de fidélité, le prononcé aux torts exclusifs de l'époux fautif. Le concubin adultérin engageait sa responsabilité vis à vis de l'époux trompé. Mais les temps changent, et les mœurs évoluent. Force est de constater, au travers des nombreuses décisions des juges aux affaires familiales (JAF), et de la jurisprudence de la Cour de cassation que la portée du devoir de fidélité s'est quelque peu affaibli (I). Que vaut un couple sans fidélité ? Pour les derniers couples qui considèrent leur union comme un engagement et une promesse de fidélité pouvant être sanctionnée en cas de violation, le mariage ne semble plus franchement répondre à ce besoin. Il reste que la société, au travers de ses juges, semble vouloir que le principe survive puisque c'est au sein même du dispositif juridique le plus décrié lors de son adoption, le Pacte Civil de Solidarité (PACS) que le devoir de fidélité semble avoir un bel avenir (II).

I - La portée du devoir de fidélité affaiblie par la jurisprudence

Le devoir de fidélité, clairement issu du droit canonique, a été introduit dans notre arsenal juridique à l'article 212 du Code civil, lequel dispose que « les époux se doivent mutuellement fidélité ». Cette obligation étant d'ordre public, personne ne peut y déroger par convention, de surcroît, elle fait partie intégrante du régime primaire applicable tous les époux. Pourtant cette obligation de fidélité tend à s'essouffler en pratique, devenant une obligation, non plus d'ordre public, mais, supplétive de volonté (A). La jurisprudence, de son côté, n'arrange rien puisqu'elle sanctionne de moins en moins le non-respect de cette règle (B).

A - Le devoir de fidélité : obligation d'ordre public devenue obligation supplétive.

La jurisprudence fut la première à atténuer la rigueur du principe en admettant les pactes de liberté, auxquels elle ne devrait pas reconnaître d'effet en raison du caractère d'ordre public du principe. La jurisprudence a dans un premier temps reconnu qu'un tel pacte ne saurait être en effet opposé à l'époux qui entend le dénoncer et exige à nouveau que le devoir de fidélité soit respecté (Cass.2ème civ. 15 avril 1970). Pourtant, les juges du fond ont affaibli le principe, notamment en reconnaissant l'existence d'un tel pacte dans une convention temporaire, dans un divorce sur requête conjointe, dans laquelle les époux se dispensaient mutuellement du devoir de fidélité pendant l'instance en divorce (TGI Lille, JAF, 26 novembre 1999) et en prononcant un divorce aux torts exclusifs d'un époux au motif que la convention de séparation amiable conclue entre les époux ne comprenait aucune stipulation les dispensant de leur obligation de fidélité (CA Grenoble, 3 mai 2000). Les juridictions du fond admettent donc que les époux puissent déroger au principe posé par la loi, lui faisant

donc perdre son caractère d'ordre public. Conséquence logique de cet état de fait, privé de force obligatoire, le non-respect du devoir de fidélité est dès lors moins sanctionné.

B - L'obligation de fidélité entre époux moins sanctionnée en cas de non-respect

Il faut ici distinguer deux situations. La première étant celle de la sanction du non-respect du devoir de fidélité entre les époux, la seconde étant celle de la sanction encourue par le concubin adultérin.

- Dans la première situation, le manquement de l'obligation de fidélité s'analyse ne une simple faute civile susceptible de constituer une cause de divorce, même dans le nouvel article 242 du Code civil modifié par la loi du 26 mai 2004 relative au divorce, mais susceptible d'entraîner aussi une action en responsabilité civile aux fins de réparation du préjudice subi, intentée parallèlement à une action en divorce ou pas. Dand la pratique, nombre de divorce sont prononcés aux torst partagés alors que l'un des époux est infidèle, que cela soit démontré par témoignages, ou plus grave, par un constat d'huissier. Dans les deux cas, les juges ont tendance à considérer, non plus l'adultère comme une faute grave entraînant à lui seul la justification de la rupture du mariage, mais comme une faute parmi d'autres. Mais l'époux infidèle n'est pas le seul à bénéficier de cet affaiblissement du principe, le complice de l'adultère en bénéficie aussi.

- En effet, le concubin adultérin a vue sa situation s'améliorier. Tout d'abord la jurisprudence a considéré que l'entretien d'une relation adultérine n'est plus susceptible d'engager la responsabilité civile de son auteur (Cass.1ère civ.4mai 2000 - Cass.1ère civ.5 juillet 2001). Mais la jurisprudence ne s'est pas arrêtée en si bon chemin, elle a, par ailleurs, reconnu comme valable les donations faites par l'époux infidèle à son concubin adultérin (Cass.1ère civ.3 février 1999 - Cass.1ère civ.16 mai 2000 - Cass.1ère civ. 20 octobre 2000 - Cass.1ère civ.29 janvier 2002) La solution a rencontré une vive résistance de la part des juges du fond qui explique le nombre impressionnant d'arrêts rendu sur la question. La Cour de cassation qui aurait pu reconnaître l'innopportunité de sa solution, a, au contraire, enfoncé le clou avec un arrêt d'Assemblée plénière cette année dans lequel elle martèle sa saolution, tant décriée et critiquée (Cass.ass.plén.29 octobre 2004). La jurisprudence est même allé jusqu'à reconnaître au concubin adultérin le droit de réclamer des dommages et intérêts en cas de décès accidentel de l'époux infidèle (Cass.crim. 19 juin 1975). L'affaiblissement du devoir de fidélité est incontestable et ne fait plus aucun doute. Pour autant, toute idée de fidélité dans le couple n'a pas disparu puisque, paradoxalement, c'est au sein du PACS, dont l'adoption avait donné lieu à toute sorte de manifestations et de commentaires acides, celui-ci étant considéré comme portant atteinte à l'institution du mariage, que le devoir de fidélité semble faire l'objet d'une véritable protection.

II - L'obligation de fidélité là où on ne l'attendait pas : dans le PACS

Les unions libres, longtemps considérées comme immorales, ont fait récemment l'objet d'une législation. La loi a en effet reconnue comme valable d'autres types d'unions qui peuvent revêtir deux formes : le concubinage et le PACS. Si il n'existe aucune obligation de fidélité dans le concubinage, il en va tout autrement dans le PACS. Voyons comment la jurisprudence

a fait émerger une obligation de fidélité entre partenaires pacsés avant d'aborder les sanctions encourues en cas de manquement à cette obligation.

A - L'émergence de l'obligation de fidélité entre partenaires pacsés

C'est encore une fois la jurisprudence qui a reconnu aux partenaires pacsés une obligations de fidélité. Le PACS a été conçu comme un contrat d'ordre patrimonial, il n'est pas censé engendrer d'effet personnel. Pourtant, c'est en respectant parfaitement l'esprit et la lettre du texte que le président du Tribunal de grande instance de Lille a reconnu dans son ordonnance du 2 juin 2002 l'existence d'un devoir de fidélité entre partenaire passés. L'ordonnace s'appuie sur l'article 515-1 du Code civil définissant le PACS comme « un contrat ayant pour objet d'organiser la vie commune de deux personnes de même sexe ou de sexe différent » et sur la décision 99-419 DC du Conseil constitutionnel du 9 novembre 1999 considérant la notion de vie commune comme incluant une vraie vie de couple. La notion de vie commune comprend donc une communauté de toit, mais aussi une communauté de lit. Se reportant à l'article 1134 du Code civil, donc au droit des contrats, l'ordonnance rappelle que le PACS, comme n'importe quel autre contrat doit être exécuté de bonne foi. Le raisonnement juridique est ici irréprochable et la Cour de cassation devrait prendre des leçons …
Cette décision est pour l'instant isolée, mais elle répond pleinement à l'esprit et à la lettre du texte, en plus de répondre à une véritable demande des couples passés hétérosexuels, certes, mais surtout homosexuels. Ainsi reconnue et dotée d'une force contraignante certaine, l'obligation de fidélité entre partenaires pourra donc être sanctionnée en cas de non-respect.

B - Les sanctions encourues par le partenaire infidèle et son complice

Outre la rupture du PACS, deux autres sanctions sont susceptibles de trouver application. En effet, le PACS peut être résilié aux torts exclusifs du partenaire fautif. Cette sanction n'a rien d'exceptionnel puisqu'elle est directement issue du droit des contrats qui prévoit en cas d'inexécution par l'une des parties de ses obligations contractuelles la possibilité pour l'autre de demander la résiliation judiciaire du contrat. Compte-tenu de la nature particulière du PACS, cette action judiciaire relève de la compétence du tribunal de grande instance. On peut d'ores et déjà se préparer à assister à la formidable renaissance du constat d'adultère après que celui-ci ait perdu tout intérêt pratique dans le mariage. La résiliation n'est pas la seule sanction possible, l'action en responsabilité contractuelle peut également être invoqué. En effet, le partenaire victime pourra obtenir des dommages et intérêts pour réparer le préjudice subi.

L'obligation de fidélité est donc promise à un bel avenir en matière de PACS tandis qu'elle est promise à une déchéance certaine en matière de mariage. On peut sourire en se remémorant les discours moralisateurs que l'on nous a offert lors de l'adoption du PACS, sur son immoralité, sur la déchéance des valeurs fondamentales de notre société. Quelle ironie, pour ces conservateurs, de constater aujourd'hui que c'est au travers du PACS que s'exprime justement la protection et le respect d'une valeur morale, mais surtout fondamentale, chère au cœur des hommes et des femmes qui choisissent d'unir leur destin : la fidélité.